

9 Normaal (en bijzonder) gebruik van gekochte zaken

Jac. Hijma[■]

1 NORMAAL GEBRUIK

De maatman, de laureaat van deze bundel, doet in het contractenrecht vooral van zich spreken op het niveau van de bijzondere overeenkomsten. Verwonderlijk is dat niet. Meten veronderstelt een bepaalde mate van – houvast biedende – concretisering. Naarmate men het veld ruimer afbakent, vervagen de contouren van een mogelijke meetlat, zodat een exercitie als ‘het nemen van de maat’ minder voor de hand komt te liggen.

Op het terrein van de koop wordt de maatman gesignaleerd in het raam van de (non)conformiteit.

De door de verkoper afgeleverde zaak moet, aldus bepaalt art. 7:17 lid 1 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek (BW), aan de overeenkomst beantwoorden.¹ Van dit conformiteitsvereiste geeft art. 7:17 lid 2 een – broodnodige – uitwerking: de afgeleverde zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst, indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de *eigenschappen* bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Het artikellid voegt daar, inkleurend en afrondend, de volgende volzin aan toe:

Art. 7:17 (2) BW

(...) De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

Wat is te verstaan onder zulk ‘normaal gebruik’? Of, in de geest van deze bundel op de persoon toegespitst: wat is te verstaan onder een ‘normale gebruiker’?² De aangesneden kwestie speelt niet alleen op het Nederlandse

■ Jac. Hijma is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Over dit leerstuk verscheen recent het proefschrift van P. Klik, *Conformiteit bij koop*, diss. Rotterdam, Deventer: Kluwer 2008.

2 ‘Normale gebruiker’ roept associaties op met de Duitse (Otto) Normalverbraucher; de beide personen zijn echter slechts in de verte verwant.

rechtstoneel een rol. Integendeel; zowel in andere nationale als in transnationale stelsels komt men haar veelvuldig tegen.

2 INTERNATIONALE KADERS

2.1 Eenvormige Koopwet (1964); Weens Koopverdrag (1980)

Het Nederlandse art. 7:17 BW is geïnspireerd door de LUVI, de Haagse Eenvormige Koopwet van 1964, die in ons land van 1972 tot 1992 van kracht is geweest. Het in art. 7:17 centraal staande begrip 'beantwoorden aan de overeenkomst' is van deze LUVI (art. 19, 33 e.v.) overgenomen.³ Art. 33 LUVI somt zes categorieën gevallen op waarin de verkoper in de nakoming van zijn verplichting tot aflevering tekortschiet.⁴ Tot deze rubrieken behoren de ongeschiktheid voor 'normaal gebruik' en die voor 'bijzonder gebruik'.

Art. 33 (1) LUVI

De verkoper schiet tekort in de nakoming van zijn verplichting tot aflevering:

(..) (...)

(d) wanneer hij een zaak afgeeft die niet de eigenschappen bezit, nodig voor een normaal gebruik of voor gebruik voor handelsdoeleinden;

(e) wanneer hij een zaak afgeeft die niet de eigenschappen bezit, nodig voor een bijzonder gebruik dat uitdrukkelijk of stilzwijgend bij de overeenkomst is voorzien;

(..) (...)

De LUVI is opgevolgd door het – succesvoller – Weense Koopverdrag van 1980 (CISG), dat voor ons land in werking trad op 1 januari 1992, tegelijk met de Boeken 3, 5, 6 en (deels) 7 van het nieuwe BW. Evenals ons wetboek kent het Koopverdrag aan het conformiteitsvereiste een zelfstandige positie toe, daarmee een einde makend aan de ongelukkige verstrengeling van conformiteit en aflevering zoals de LUVI die kende. Op het ons bezighoudende punt bevat het Weense Koopverdrag de volgende bepalingen.⁵

Art. 35 (2) CISG

Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they:

(a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;

³ Zie TM en MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 118, 125.

⁴ In de LUVI was het conformiteitsvereiste (nog) met de verbintenis tot aflevering vervlochten, hetgeen een ingewikkelde regeling opleverde en als ongelukkig werd ervaren.

⁵ Over conformiteit naar het Weense Koopverdrag S.A. Kruisinga, *(Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, diss. Utrecht, Antwerpen: Intersentia 2004.

(b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement;
(..) (...)

2.2 Europese richtlijn 99/44 (1999)

Het Weense Koopverdrag is op de handelskoop georiënteerd; de consumentenkoop valt buiten zijn bereik (art. 2 sub a CISG). Juist voor die consumentenkoop is Europese richtlijn 99/44/EG 'betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen' geschreven.⁶ Deze richtlijn kent aan consument-kopers een aantal rechtsmiddelen toe bij nonconformiteit en besteedt, daaraan voorafgaand, de nodige aandacht aan de vraag wanneer van (non)conformiteit sprake is. De voor deze beschouwing relevante richtlijn-bepalingen luiden als volgt.

Art. 2 (2) richtlijn 99/44/EG

Overeenstemming met de overeenkomst wordt vermoed, wanneer de consumptiegoederen:

(..) (...)

(b) geschikt zijn voor elk bijzonder door de consument gewenst gebruik dat deze aan de koper bij het sluiten van de overeenkomst heeft medegedeeld en welke de verkoper heeft aanvaard;

(c) geschikt zijn voor het gebruik waartoe goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen;

(d) de kwaliteit en prestaties bieden die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten (...);

(..) (...).

De richtlijn heeft geen directe horizontale werking; haar bepalingen worden tussen burgers eerst effectief via het intermediair van de nationale implementatiewet.⁷ Ten onzent is richtlijn 99/44/EG per 1 mei 2003 in het Burgerlijk Wetboek verwerkt, hetgeen tot enkele – weinig spectaculaire – ingrepen in het bestaande art. 7:17 BW heeft geleid.⁸

6 Pb EG 1999, L 171.

7 Nader M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2001, nr. 28 e.v.

8 Wet van 6 maart 2003 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *Kamerstukken* 27 809; *Stb.* 2003, 151.

2.3 Duits Bürgerliches Gesetzbuch (2002)

Medio 2002 is in Duitsland een omvangrijke wijziging van het verbintenissenrecht gerealiseerd, waarbij onder meer de in het *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) vervatte koopregeling grondig is herzien, mede in het licht van bovengenoemde richtlijn 99/44/EG. Sedert deze *Schuldrechtsreform* luidt de toepasselijke Duitse regeling als volgt.

§ 434 (1) BGB

¹ Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. ² Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,

1. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst
 2. wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.
- (..)

2.4 Principles of European Law on Sales (2008)

In het verlengde van de algemeen-contractenrechtelijke Principles of European Contract Law (PECL) zijn anno 2008 ook op het terrein van de koop Europese *principles* verschenen: de Principles of European Law on Sales (PELS), verzorgd door Hondius c.s. (hierna te noemen: Sales Principles).⁹ Art. 2:202 van deze Principles is gewijd aan de conformiteitsproblematiek. De tekst van dit artikel is woordelijk gelijk aan die van art. IV.A.-2:302 van het Draft Common Frame of Reference (DCFR), zoals – in een ‘Interim Outline Edition’ – gepubliceerd door Von Bar c.s.¹⁰ Aangezien de twee betrokken studiegroepen nauw hebben samengewerkt, wekt deze eensgezindheid geen verbazing.

Hoewel het hier niet om *recht* in eigenlijke zin gaat, is kennisname van deze regelstelsels, die mede bedoeld zijn als aanzet tot een eventueel Europees Burgerlijk Wetboek, uit een oogpunt van (rechtsvergelijking en) rechtsontwikkeling alleszins interessant.

9 E. Hondius, V. Heutger, C. Jeloschek, H. Sivesand & A. Wiewiorowska, *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Sales (PELS)*, München: Sellier 2008. Het conformiteitsartikel 2:202 wordt besproken op p. 191-195 (comments) en p. 195-204 (notes, i.e. rechtsvergelijkende onderbouwing). Zie voor de Nederlandse tekstversie p. 19.

10 C. von Bar c.s. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, München: Sellier 2008.

Art. 2:202 PEL S

Art. IV.A.-2:302 DCFR

The goods must:

- (a) be fit for any particular purpose made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for the buyer to rely, on the seller's skill and judgement;
- (b) be fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;
- (c) (...); and
- (d) possess such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect.

Het is duidelijk dat PEL S en DCFR in dit verband sterk schatplichtig zijn aan het Weense Koopverdrag.

3 EEN VERGELIJKING

Legt men de geciteerde teksten naast elkaar, dan domineren de overeenkomsten: alle stelsels bevatten regels met betrekking tot 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik', en alle stelsels vestigen als regime dat de zaak voor normaal gebruik geschikt moet zijn en voor een bijzonder gebruik in principe niet geschikt behoeft te zijn. Ook in andere landen, zowel in Europa¹¹ als daarbuiten,¹² treft men deze tweeslag aan.

De verschillen zijn meer op detailniveau gelegen. In de eerste plaats zijn er enige verschilpunten van *algemene* aard: (i) soms gaat de regel inzake normaal gebruik vooraf aan die inzake bijzonder gebruik, soms is het andersom; (ii) soms wordt gesproken van normaal/bijzonder gebruik, soms van gebruik voor normale/bijzondere doeleinden; (iii) soms hebben de regels inzake het gebruik een autonome positie, soms zijn zij onderhorig aan een algemener criterium 'eigenschappen die de koper mag verwachten'. Voorts bestaat een aantal verschillen ten aanzien van de regel voor *normaal* gebruik: (iv) soms wordt gebruik voor handelsdoeleinden afzonderlijk vermeld; (v) soms wordt enige precisering aangebracht via vermelding van de soort of de beschrijving van de zaak; (vi) soms wordt een uitzondering gemaakt voor gevallen waarin de koper reden had tot twijfel. En ten slotte zijn verschillen aanwijsbaar ten aanzien van de voor *bijzonder* gebruik gegeven regel: (vii) de rol van de koper wordt verschillend gepresenteerd; (viii) de rol van de verkoper wordt verschillend gepresenteerd; (ix) soms wordt een uitzondering gemaakt voor gevallen waarin de koper niet op het oordeel van de verkoper

11 Zie de inventarisatie in PEL S 2008, Art. 2:202, Notes, 2-3.

12 Bijv. de Amerikaanse Uniform Commercial Code, § 2-314 en 2-315 UCC, waarover ten onzent Klik 2008, nr. 105-106.

mocht vertrouwen. In de loop van het betoog komen deze divergenties, in een andere volgorde, nader ter sprake.¹³

4 CONFORMITEIT – EIGENSCHAPPEN – GEBRUIK

In de Nederlandse wet staat de regel dat de afgeleverde zaak de eigenschappen moet bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn (art. 7:17 lid 2, tweede zin, BW) niet op eigen benen, maar is hij ingebed in de meer algemene norm dat de zaak de eigenschappen moet bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten (art. 7:17 lid 2, eerste zin), welke norm op zijn beurt een uitwerking is van het basisvereiste der conformiteit: de afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden (art. 7:17 lid 1). De meetlat van het normale gebruik is zodoende de laatste schakel van een driedelige keten: beantwoorden aan de overeenkomst – voldoen aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper – geschikt zijn voor normaal gebruik.

In andere rechtssystemen ontbreekt nogal eens het tussenstation, en vormt de geschiktheid voor normaal gebruik een *rechtstreekse* uitwerking van het principe dat de zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden. Aldus bijvoorbeeld art. 35 CISG en art. 2:202 PEL S.¹⁴ Dat de Nederlandse wetgever tot een driedelig schema heeft besloten, is terug te voeren op een dubbele – zo men wil: tweeslachtige – wens aan zijn kant. Enerzijds heeft de wetgever, *top down*, een algemene uitwerking van het conformiteitscriterium willen aanreiken (eigenschappen die de koper mocht verwachten). Anderzijds heeft hij, veeleer *bottom up*, een concreet meetinstrument willen toevoegen dat in de praktijk houvast bieden kan en internationaal erkenning heeft verworven (geschiktheid voor normaal gebruik).¹⁵ In de eerste wetsontwerpen ontbrak die concretisering; zij is naderhand ingebracht, in reactie op kritiek vanuit de Tweede Kamer.¹⁶ Over het aanvankelijke voorstel, dat slechts de formule bevatte dat de zaak de eigenschappen moest bezitten die de koper mocht verwachten,¹⁷ merkte de Kamercommissie op:¹⁸

‘Het hier gegeven criterium is alleen geschikt als maatstaf voor de rechter en niet als criterium aan de hand waarvan de koper en de verkoper kunnen afleiden wie het gelijk aan zijn zijde heeft. De onderhavige bepaling zal dan ook tot vele proce-

13 Zie voor (i) par. 9, voor (ii) par. 5.3, voor (iii) par. 4, voor (iv) par. 5.2, voor (v) par. 6, voor (vi) par. 10.1, voor (vii) en (viii) par. 8, en voor (ix) par. 10.2.

14 Geciteerd in par. 2. Art. 2:202 PEL S vermeldt sub f ‘such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect’ als afzonderlijke toetssteen, *naast* die van normaal en bijzonder gebruik.

15 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 125.

16 NvW 2 (1986), *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 127 (vgl. p. 120).

17 NvW 1, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 120.

18 VV II, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 122.

dures moeten leiden. Ten onrechte is geen aansluiting gezocht met de in het buitenland en het internationale rechtsverkeer gebruikelijke formuleringen. (...)'.

Door de vervolgens aangekoppelde regels inzake normaal en bijzonder gebruik te presenteren als een *invulling* van de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper, heeft de wetgever de lasnaden tussen een en ander zoveel mogelijk weggewerkt. Deze systematische ophanging heeft wel tot gevolg, dat 'geschikt voor normaal gebruik' ten onzent relatief sterk is doordeesemd van de gedachte dat als de koper een bepaalde eigenschap niet aanwezig *mocht* achten er geen sprake is van nonconformiteit, zelfs al blijkt de zaak niet normaal bruikbaar. In de wet komt dit ook expliciet naar voren: de clausulering 'en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen' treft men elders weinig aan.¹⁹

5 BEGRIIP 'GEBRUIK'

5.1 Feitelijke natuur

De tweede volzin van art. 7:17 lid 2 BW, waarin het *gebruik* van de zaak naar voren treedt, brengt een terreinversmalling ten opzichte van de eerste volzin, die in algemene zin van eigenschappen rept. Naar gangbaar spraakgebruik betekent 'gebruik' *feitelijke* hantering: het slaan met een hamer, het werken aan een bureau, het wonen in een huis. Er zijn allerlei eigenschappen die bij de feitelijke inzet van een zaak niet tot uitdrukking komen, met name in de sfeer van afkomst, uiterlijk en waarde:²⁰ de authenticiteit van een antieke kandelaar, de kleur van een auto, de vorm van een computerkast.

Nu kan men betogen dat ook aspecten zoals de laatstbedoelde nog wel onder het gebruik van de zaak te vatten zijn, mits men die term maar ruim genoeg opvat: is de kandelaar niet antiek, dan reduceert zulks het genot (psychisch gebruik) en de verhandelbaarheid (economisch gebruik), en hetzelfde kan, zij het minder sterk, van foutieve kleuren en vormen van machines worden gezegd. Voor zo'n oprekking bestaat echter geen grond.²¹ De wet voegt voor bepaalde gevallen een houvast toe. Dat houvast is vanuit de praktijk gegroeid en op de praktijkopvattingen georiënteerd, en heeft daarmee een 'pre-juridische' reikwijdte. Naar Nederlands recht, waar het centrale criterium is

¹⁹ Nader par. 10.1.

²⁰ Vgl. E.M. Meijers, 'Opmerkingen omtrent het leerstuk der dwaling', *WPNR* 2751 (1922), sub VI. De verbindingslijn loopt aldus, dat onder het oude recht het begrip 'gebrek' in art. 1540-1548 BW *oud* (verborgen gebreken) aldus werd opgevat, dat de zaak minder geschikt moest zijn voor feitelijk gebruik.

²¹ In HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17 (De Rooij/Van Olphen), overweegt de Hoge Raad dat 'normaal gebruik' betrekking heeft op wat daaronder naar gangbaar spraakgebruik wordt verstaan. Deze overweging ziet echter niet op de wettelijke term, maar op (de uitleg van) die term in een overeenkomst; zie par. 11.

welke eigenschappen de koper mocht verwachten, kan bij niet-gebruiksvragen op die algemener toets worden teruggevallen, met dezelfde resultaten. Er is dus geen reden de term ‘gebruik’ buiten zijn natuurlijke oevers te persen. Heeft de afgeleverde auto een andere kleur dan die waarop de koper vlaste, dan wordt de casus m.i. alleen door het criterium ‘de eigenschappen die de koper mocht verwachten’ geregeerd.

In de nationale en internationale literatuur treft men op dit punt maar weinig beschouwingen aan. De aangedragen voorbeelden betreffen vrijwel steeds het feitelijke gebruik van het gekochte, zij het zonder dat daaraan een principiële inperking wordt verbonden.²²

5.2 Gebruik voor handelsdoeleinden

Art. 33 (1) (d) LUVI vermeldde, in één adem met het normale gebruik, het ‘gebruik voor handelsdoeleinden’. In het Weense Koopverdrag wordt aan dit type gebruik niet langer afzonderlijk aandacht besteed. Het secretariaatscommentaar schetst de achtergrond:²³

‘In particular, the obligation to furnish goods which are fit for all the purposes for which goods of the contract description are ordinarily used also covers a buyer who has purchased the goods for resale rather than use. For goods to be fit for ordinary purposes, they must be honestly resaleable in the ordinary course of business’.

De visie dat de mercantiele benutting reeds wordt bestreken door de regel die voor het normale gebruik is geformuleerd, is inmiddels gemeengoed.²⁴ Het gebruik voor handelsdoeleinden kan als zelfstandige categorie in de vitrine der rechtshistorie worden bijgezet. Gemist wordt zij niet. Om ‘honestly resaleable in the ordinary course of business’ te zijn, zal de handelswaar als regel de eigenschappen moeten bezitten die haar voor normaal eindgebruik geschikt maken. De mogelijke gedachte dat bij verkoop aan een handelaar een lagere kwaliteitsstandaard zal gelden dan elders, omdat voldoende is dat deze koper de zaken – ook al zijn zij imperfect – zonder problemen aan een derde kan doorverhandelen, is naar de moderne rechtsbeleving curieus.²⁵ Wel kan, met

22 J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (...)*, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), door U. Magnus, Berlin: Sellier 2005, Art. 35, nr. 19, noemt temidden van vele voorbeelden van feitelijke gebruik het geval van ‘unübliche Verfärbungen etc, die die Eignung der Ware nicht berühren’; vgl. P. Schlechtriem & I. Schwenzer, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München: Beck 2004, Art. 35 (Schwenzer), nr. 14 slot.

23 ‘Secretariat Commentary’, in: J. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Deventer: Kluwer 1989, p. 422, sub 5.

24 Zie o.a. Schlechtriem/Schwenzer 2004, t.a.p., nr. 14 e.v.

25 Vgl. *Cehave NV v. Bremer Handelsgesellschaft (The Hansa Nord)* [1976], QB 44.

name bij bederfelijke waar, het feit dat de zaken voor handelsdoelen worden gekocht invloed hebben op de vraag hoe lang zij hun kwaliteit(en) moeten behouden; de aan een consument meegegeven vrucht mag rijper zijn dan de vrucht die aan een groothandelaar wordt verkocht en eerst na verloop van tijd zal worden geconsumeerd.

5.3 Gebruikswijze versus gebruiksdoel

De Nederlandse wet spreekt van ‘normaal gebruik’, terwijl veel andere rechtsstelsels een formulering van het type ‘gebruik voor normale doeleinden’ prefereren. Men zie art. 35 van het Weense Koopverdrag en art. 2:202 van de Sales Principles: ‘fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used’. De toetsen zijn niet identiek: de eerste formule zoekt naar het *hoe*, de tweede naar het *waartoe*.

Welke aanpak is verkieslijk? Als ik op de armsteun van een plastic stoel plaatsneem, dan gebruik ik dat meubel niet op een normale wijze, maar wel voor een normaal doel (namelijk: gezeten zijn). En als ik dezelfde plastic stoel met enige andere onfraaie objecten in mijn achtertuin neerzet teneinde het vrije uitzicht van de burens te verstoren, dan is dat wel als normaal gebruik van de stoel aan te merken (namelijk: buiten neerzetten), maar niet als gebruik voor een normaal doel. Deze voorbeelden illustreren dat het bij de conformiteit in essentie gaat om de vraag *hoe* de koper de zaak gaat gebruiken, en dat de vraag naar de doeleinden alleen betekenis heeft voor zover daaruit iets over het ‘hoe’ zou kunnen worden afgeleid. Is deze visie juist, dan is de in ons land verkozen benadering, waarin de *gebruikswijze* en daarmee de kern centraal staat, superieur.

6 NORMAAL GEBRUIK (I); CONCRETISERING

6.1 Zaakskenmerken

Met het epitheton *normaal* komt de meetlat op tafel. Welk gebruik mag men als normaal kwalificeren? Bij een huis zal dat logischerwijze anders zijn dan bij een auto, bij een auto weer anders dan bij een zonnebril. De gestelde vraag verkrijgt pas substantie – en daarmee zin – nadat is vastgesteld om ‘wat voor een zaak’ het in concreto gaat. Aldus belanden wij bij de *aard van de zaak*, welk begrip in de eerste volzin van art. 7:17 lid 2 is verankerd.²⁶

Onder de vlag ‘aard van de zaak’ wordt onderzocht tot welke feitelijke rubriek – ‘soort’ – het onderhavige koopobject moet worden gerekend. Er dient

²⁶ Art. 7:17 lid 2 vermeldt deze ‘aard van de zaak’ sinds 1 mei 2003, toen de implementatiewet van richtlijn 99/44/EG in werking trad.

zich een scala aan mogelijkheden aan. Ik koop een luxe zwartleren leunstoel. Is de relevante soort die der meubelen, zitmeubelen, stoelen, lederen stoelen, lederen leunstoelen, luxe lederen leunstoelen? De algemene rubrieken verschaffen onvoldoende richting en vallen daarmee af. Ik meen dat men dient te zoeken naar het 'laagste' – d.w.z. meest gedetailleerde – niveau waarop nog zinvol een soort kan worden aangewezen. In het voorbeeld is de relevante soort dan die der luxe lederen leunstoelen.²⁷ Doet zich een atypisch fysiek kenmerk voor, zoals een beschadiging, dan dient dat aan de (omschrijving van de) soort te worden toegevoegd. Hetzelfde geldt voor kenmerken die buiten het fysieke liggen, maar de aard der zaak wel medebepalen; een kardinale vraag is bijvoorbeeld nog of de zaak als nieuw wordt verkocht of als tweedehands,²⁸ terwijl in het laatste geval nader gewicht toekomt aan de ouderdomsgraad (bouwjaar).

6.2 Contextuele kenmerken

Ter concretisering van de vraag wat tot normaal gebruik mag of moet worden gerekend, dienen zich naast deze objectkenmerken nog enkele andere gezichtspunten aan. Het totale potentieel kan men rangschikken aan de hand van de vier elementen die in de wettelijke omschrijving van de koop, als bijzondere overeenkomst, besloten liggen:²⁹ de (aard van de) zaak, de (aard van de) prijs, de (aard van de) verkoper, de (aard van de) koper. De laatste drie indicatoren voegen aan de reeds besproken zaakskenmerken een aantal *contextuele* kenmerken toe. Ten aanzien van de prijs: was deze hoog, standaard, laag, op uitverkoopniveau wellicht? Ten aanzien van de verkoper: heeft hij een gespecialiseerd bedrijf, een warenhuis, een marktkraam?³⁰ En ten slotte, ten aanzien van de koper: tot welk klanttype behoort hij – met name: handelt hij professioneel of als consument? – en wat is het bijbehorende gebruikspatroon?

De factor 'aard van de zaak' snoert de onzinnig onbepaalde startvraag 'Hoe wordt *een* zaak gebruikt?' in tot het zinrijke 'Hoe wordt *zo'n* zaak gebruikt?' Vergeleken met die reuzenstap, is het effect van de andere drie indicatoren (prijs, verkoper, koper) gering. Ik zou zelfs menen dat aan die andere factoren beter geen zelfstandige positie kan worden toegekend, omdat zij per saldo alleen gewicht in de schaal leggen indien en voor zover daaruit iets over de aard van de *zaak* valt af te leiden. Een dure fiets is een ander voertuig dan een goedkope (vgl. aard prijs); een brandstorebroek is een ander kledingstuk dan een op de markt aangeschafte broek (vgl. aard verkoper); een professioneel

27 De factor 'zwart' kan men gevoeglijk negeren; de kleur zal het gebruik niet beïnvloeden, par. 5.1.

28 NvW, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 121.

29 Zie art. 7:1 BW, § 433 BGB e.a.

30 Vgl. NvW, *Parl. Gesch. Boek 7 NBW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 121.

fototoestel is een ander apparaat dan een consumentencamera (vgl. aard koper). Voor zover prijs, verkoper of koper kenmerken hebben die in de aard van het gekochte doorklinken – een ramsjboek, een consumentencamera – zijn zij van belang, maar niet van *zelfstandig* belang, omdat zij in de ‘aard van de zaak’ opgaan. En voor zover prijs, verkoper of koper kenmerken inbrengen die *niet* aldus naar de aard van de zaak doorwerken, komt aan die aspecten m.i. principieel geen invloed toe. Stel een fotojournalist schaft een consumentencamera aan en zet die in bij zijn dagelijkse praktijk, waartegen het apparaat niet bestand blijkt. Als deze koper betoogt dat het toestel voor *zijn* normale gebruik geschikt had moeten zijn, heeft hij ongelijk, ook al was zijn oogmerk voor de verkoper duidelijk. Dit type camera behoeft eenvoudig niet voor professioneel gebruik geschikt te zijn, onverschillig de hoedanigheden van de koper.

Tegen deze achtergrond is het niet merkwaardig, dat veel regelgeving volstaat met een eendimensionale referte aan het karakter van de *zaak*: ‘goods of the same description’ (CISG, PEL S), ‘goederen van dezelfde soort’ (Richtlijn 99/44/EG, Duits BGB).

7 NORMAAL GEBRUIK (II); NORMERING

Pas nadat deze *concretisering* is geschied, kan de *normering* volgen. Wat is, voor een zaak van deze soort, als normaal gebruik te beschouwen? Uiteraard valt hieronder primair het standaardgebruik, zoals de meerderheid der kopers dan van een object zoals het gekochte zal maken. Maar daarmee is nog niet alles gezegd. ‘Normaal’ is geen kwestie van *frequentie*, maar van – verlangde – *potentie*. Normaal gebruik van een eettafel is het eraan gezeten zijn, teneinde spijs en drank tot zich te nemen. Het kan echter *vóórkomen* dat een koper doeken rond de tafel hangt en er zo een speelwoning voor zijn kinderen van maakt, of dat iemand even op de tafel klimt om een plafondlamp te vervangen. Is zulk infrequent gebruik abnormaal, niet-normaal? Die conclusie zou ik niet willen trekken. De term normaal verwijst naar een norm, naar een regel, naar een behoren. Hij impliceert dat de zaak *moet kunnen* worden gebruikt op iedere wijze waarop een redelijk denkende koper meent dat zo’n zaak *kan* worden gebruikt, ook al is die gebruikswijze misschien niet gangbaar.

En daarmee springt hij op de *bühne*: de maatman. Meent hij dat de zaak – gezien haar type – op een bepaalde manier *kan* worden gebruikt, dan verbindt het recht daaraan de consequentie dat de zaak op die manier *moet* kunnen worden gebruikt. Reinicke en Tiedtke noemen hem *vernünftige Durchschnittskäufer*, verstandige doorsnee-koper:³¹

31 D. Reinicke & K. Tiedtke, *Kaufrecht*, München: Luchterhand 2004, nr. 327.

‘Was die gewöhnliche Verwendung ist, beurteilt sich nach der Verkehrsanschauung am Erwartungshorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers, der die gekaufte Sache mit anderen Stücken der gleichen Gattung vergleicht.’

Zijn Engelse collega is de *reasonable buyer*.³² Met een knipoog naar art. 6:28 BW, zou men van een koper van ‘goede gemiddelde kwaliteit’ kunnen spreken. Maatgevend zijn kopers die zich qua begaafdheid en inzicht niet beneden de middelmaat bevinden, en die zodoende de kwalificatie ‘normaal’ verdienen.³³ Dat maakt de cirkel rond: ‘normaal gebruik’ is gebruik zoals dat in de ogen van een normale koper kan worden gemaakt van een zaak van de bewuste soort.³⁴

8 BIJZONDER GEBRUIK

8.1 Drie teksten

Normaal gebruik vormt een vast tandem met *bijzonder* gebruik. De voorbeelden van ‘bijzonder gebruik’ zijn legio: het dragen van gewone schoenen bij bergwandelingen,³⁵ het inzetten van een machine onder buitengewone klimatologische omstandigheden,³⁶ het gebruik van een decoupeerzaag om wilgen te snoeien,³⁷ het voorschotelen van kippenvoer aan sierfazanten, het gebruik van een boerenschuur als woning of restaurant.

De vraag wanneer de overeenkomst meebrengt dat de zaak ook voor een bepaald bijzonder gebruik inzetbaar moet zijn, is niet in enkele woorden te beantwoorden. Rechtsvergelijking brengt een flinke diversiteit aan uitwerkingen aan het licht. Zo wordt verlangd, dat het gewenste bijzondere gebruik c.q. het bijzondere gebruiksdoel:

- a) door de koper (uitdrukkelijk of stilzwijgend) aan de verkoper is kenbaar gemaakt (CISG, PEL S);
 - b) door de koper aan de verkoper is medegedeeld, en dat de verkoper het heeft aanvaard (richtlijn 99/44/EG);
 - c) (uitdrukkelijk of stilzwijgend) bij de overeenkomst is voorzien (BW, LUVI).
- Deze teksten vertonen verschil op alle scharnierpunten: rol koper, rol verkoper, overeenkomst.

³² Te dien aanzien Klik 2008, nr. 124.

³³ De doorschakeling van ‘niet beneden de middelmaat’ naar ‘normaal’ is te vinden in Eindverslag I, *Parl. Gesch. Boek 6 NBW*, p. 155-156.

³⁴ Zie ook Klik 2008, nr. 124, naar aanleiding van het Engelse recht.

³⁵ Voorbeeld genoemd in het *Official comment* bij § 2-315 UCC, sub 2; zie ook Klik 2008, nr. 154-155.

³⁶ Voorbeeld genoemd door Schlechtriem/Schwenzer 2004, t.a.p., nr. 19.

³⁷ Voorbeeld ontleend aan de eigen praktijk. Genoemd gebruik is af te raden.

8.2 Rolpatronen

Bezien wij eerst de rol van de *koper*. De zojuist genoemde teksten (a) en (b) vereisen dat de koper bij het sluiten van de overeenkomst het bijzondere gebruik jegens de verkoper heeft aangegeven. Volgens (a) kan zulks niet alleen uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend. Variant (b) zwijgt op dit punt, maar mag in dezelfde zin worden opgevat; er is geen reden om hier, anders dan elders, in de term 'medegedeeld' een vormvereiste te lezen.³⁸ Tekst (c) verlangt een contractuele voorziening en veronderstelt aldus, hoe men die voorziening ook precies inkleedt, op zijn minst dat de koper het gewenste bijzondere gebruik aan de verkoper kenbaar heeft gemaakt. Aldus stemmen, wat de koperszijde betreft, de verschillende bepalingen zakelijk gezien overeen.

Wat rol van de *verkoper* betreft, is het beeld meer diffuus. Alleen tekst (b) omschrijft een van de verkoper verlangde activiteit: hij moet het door de koper aangegeven bijzondere gebruik of gebruiksdoel hebben geaccepteerd.³⁹ Deze eis lijkt op het eerste gezicht een middenkoers te belichamen tussen enerzijds bepaling (a), die aan de kant van de verkoper geen eisen stelt, en anderzijds bepaling (c), die verlangt dat de overeenkomst in het bijzondere gebruik is gaan voorzien en aldus enigerlei contractuele instemming aan verkoperszijde vereist. Bij nader inzien komen de teksten ook wat de verkoper betreft dicht bij elkaar uit. Tot deze conclusie leidt een analyse van de feitelijke gang van zaken, zoals die zich ontrolt nadat de koper de door hem gewenste bijzondere gebruikswijze ter kennis van de verkoper heeft gebracht. Na die kennisgeving kan zich drieërlei afspelen:⁴⁰

- i) de verkoper geeft aan dat de zaak voor dat bijzondere gebruik niet geschikt is, althans dat hij ter zake geen verplichting op zich neemt;
- ii) de verkoper geeft aan, althans suggereert, dat de zaak voor dat gebruik geschikt is;
- iii) de verkoper reageert niet (maar gaat wel over tot het sluiten van de overeenkomst).

8.3 Verkoper reageert negatief

In de eerste situatie, waarin de verkoper negatief reageert, zal de zaak niet voor het bijzondere gebruik inzetbaar behoeven te zijn, niet onder vigeur van de hierboven geciteerde teksten (b) en (c), maar evenmin onder (a). Er is

38 Evenzo Schlechtriem/Schwenzer 2004, t.a.p., nr. 21. Zie ten onzent art. 3:37 lid 1: '(...) kunnen verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm geschieden (...)'.
39 De Engelse richtlijntekst, 'any particular purpose which (...) the seller has accepted', is grammaticaal sterker dan de Nederlandse vertaling.

40 Zie tevens Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Deel 5-I*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 348.

misschien aan de bewoordingen van bepaling (a) voldaan, maar zeker niet aan haar geest. Als de verkoper de gezwollen verwachtingen van de koper tijdig heeft doorgeprikt, kan in gemoede niet worden volgehouden dat hij een tekortkoming pleegt als die verwachtingen – inderdaad – niet uitkomen. Tekst (a) pleegt, stellig terecht, te worden gelezen alsof hij afrondt met een clause-ring als: 'en de verkoper zich niet daartegen heeft uitgesproken'.⁴¹

8.4 Verkoper reageert positief

Wanneer de verkoper positief reageert, zal juist wél sprake zijn van nonconformiteit als de zaak niet bruikbaar blijkt op de bedoelde bijzondere wijze. De teksten (a), (b) en (c) leiden alle tot ditzelfde resultaat.

Naar de theorie bezien komt het mij voor, dat aldus in wezen via aanbod (koper) en aanvaarding (verkoper) het *beding* in de koopovereenkomst wordt opgenomen dat de zaak zodanige eigenschappen moet hebben, dat zij mede geschikt is voor het betrokken bijzondere gebruik. Het heeft er alle schijn van dat nogal wat regelgevers dit anders zien. De Nederlandse wetgever lijkt met de formule 'gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien' een zekere afstand tot de figuur van het contractuele beding te bewaren. In Duitsland, waar het criterium luidt of de zaak 'sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet' (§ 434 BGB), bestaat die afstand eveneens, en met meer nadruk. De literatuur beoordeelt deze passage van § 434 verschillend. Sommige schrijvers lezen het 'nach dem Vertrag vorausgesetzt' aldus dat het bewuste gebruik in de contractsinhoud moet zijn opgenomen, terwijl anderen slechts een aan het contract voorafgaand feitelijk akkoord verlangen, in die zin dat 'eine dem Rechtsgeschäft vorgelagerte tatsächliche Übereinstimmung der Parteien bzgl. des Verwendungszweckes ausreicht'.⁴² Reinicke en Tiedtke hekelen de laatste visie:⁴³

'Man darf nicht den Fehler machen, zwischen einer >>vereinbarten<< und einer >>vorausgesetzten<< Verwendung zu unterscheiden. Maßgeblich ist allein, dass die Verwendung nach dem >>Vertrag vorausgesetzt<< sein muss. Das ist aber nur der Fall, wenn die Verwendungsbestimmung Inhalt des Vertrages geworden ist.'

Ook ik zie – evenals Klik⁴⁴ – geen zinnige tussenweg tussen 'in de contractsinhoud opgenomen' en 'buiten de contractsinhoud gebleven', en zou bij een positieve reactie van de verkoper willen aannemen dat de koopovereenkomst bij wege van impliciet beding in (de geschiktheid voor) het betrokken bijzonde-

41 Dit ligt zozeer voor de hand, dat de commentaren er zelden expliciet aandacht aan besteden.

42 Citaat van Reinicke/Tiedtke 2004, nr. 321.

43 Reinicke/Tiedtke 2004, nr. 323.

44 Klik 2008, nr. 157.

re gebruik is gaan voorzien. Iets anders is, dat men *binnen* de categorie der contractuele bedingen allerlei gradaties kan onderscheiden, en dat het hier dan om een 'lichte' (aanvaardings)verklaring gaat, die wel de geschiktheid voor het bijzondere gebruik tot contractsinhoud promoveert en zodoende bij ongeschiktheid een tekortkoming oplevert, maar die niet de –zwaardere – status heeft van een contractuele *garantie* (met de veelal pittiger consequenties van dien).⁴⁵

8.5 Verkoper reageert niet

In de laatste situatie, waarin de verkoper tot contracteren overgaat zonder op de mededeling van de koper in te gaan, zou ik als regel willen aannemen dat partijen impliciet in hun overeenkomst opnemen dat de zaak ook voor die bijzondere gebruikswijze geschikt dient te zijn. Het zwijgen van de verkoper immers is geen neutraal zwijgen, maar is een *gekleurd* zwijgen, doordat hij na kennisneming van de bijzondere wens van de koper onverfroren tot het sluiten van de koop overgaat. Geconfronteerd met de melding van de koper dat die een bepaald bijzonder gebruik op het oog heeft, kan van de verkoper worden gevergd dat hij deze mogelijkheid *tegenspreekt* wanneer hij te dien aanzien geen contractuele aansprakelijkheid wenst te dragen.⁴⁶ Dat is ook wat de koper van de verkoper mag verlangen en verwachten en wat zodoende, bij ontstentenis van tegenspraak, via art. 3:35 BW (vertrouwensbeginsel) tot contractsinhoud zal worden.

Dit principe lijdt uitzondering als in de gegeven omstandigheden voor de verkoper onvoldoende grond bestond om op de melding in te gaan (en de koper dat moest beseffen), bijvoorbeeld omdat de verkoper op dit punt niet over méér kennis of deskundigheid beschikte dan de koper,⁴⁷ of omdat hij diens opmerking niet serieus behoefde te nemen. Het voor een beroep op art. 3:35 noodzakelijke gerechtvaardigde vertrouwen is dan bij de koper niet aanwezig. Als een klant vertelt dat hij met de (gewone) schoenen in het hooggebergte wil gaan wandelen en de verkoper daar niet op ingaat, zal deze bijzonderheid m.i. buiten de contractsinhoud blijven, zodat de verkoper geen tekortkoming pleegt door schoeisel mee te geven dat voor alpiene inzet ongeschikt is.

⁴⁵ Nader Asser/Hijma 2007, nr. 338-339 en 438, met vermelding van verdere bronnen.

⁴⁶ Onderhandelende partijen moeten hun gedrag mede laten bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen; zie reeds HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (*Baris/Riezenkamp*). Zie voor de 'tegenspreekplicht' in dezen tevens Schlechtriem/Schwenzer 2004, t.a.p., nr. 21: 'Will der Verkäufer die (...) Einstandspflicht vermeiden, so muss er widersprechen'.

⁴⁷ Zie hierna, par. 10.2.

9 DE VOLGORDE

In de Nederlandse wet en het Weense Koopverdrag gaat het normale gebruik aan het bijzondere gebruik vooraf, terwijl in de Europese richtlijn, het Duitse BGB en de Sales Principles de volgorde andersom is. Het gaat hier niet om een toevalligheid, maar om een echo van het verschil tussen casusdenken enerzijds en systeemdenken anderzijds.

Redeneert men vanuit de casuïstiek, zoals in het Anglo-Amerikaanse recht geschiedt, dan ligt het voor de hand eerst de standaardgevallen te bespreken (normaal gebruik) en daarna pas de atypische gevallen ter hand te nemen (bijzonder gebruik). Redeneert men daarentegen vanuit het juridische systeem, dan liggen de kaarten anders. De voor bijzonder gebruik geldende eis dat de overeenkomst daarin moet voorzien, komt erop neer dat de betrokken geschiktheid in de contractsinhoud moet zijn opgenomen.⁴⁸ Dat impliceert dat het bij bijzonder gebruik per saldo 'gewoon' om een in de overeenkomst geregeld punt gaat, terwijl de regel inzake normaal gebruik de status van contractsaanvullende wetgeving heeft. Bij deze benadering is het meer logisch om eerst – in het kader van (de vaststelling van) het overeengekomene – eventuele bijzondere gebruikswijzen te behandelen, en pas daarna aandacht te schenken aan de 'buiten de overeenkomst blijvende' regel inzake normaal gebruik.⁴⁹

De Sales Principles van 2008 volgen de tekst van het Weense Koopverdrag vrijwel woordelijk, maar slaan juist met betrekking tot de volgorde een andere weg in. Anglo-Amerikaanse casuïstiek wordt aldus verdrongen door continentaal systeemdenken. Ook in de Nederlandse wetgeving zou de andere volgorde m.i. de voorkeur verdienen.

10 VERTROUWENSCORRECTIES

10.1 Normaal gebruik

Wat het normale gebruik betreft, constateert de Nederlandse wet dat de koper 'mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen' (art. 7:17 lid 2, tweede zin). De slottournure creëert een veld met gevallen waarin ondanks de *ongeschiktheid* voor normaal gebruik niet gezegd kan worden dat de zaak bij de overeenkomst achterblijft. Bestond voor de koper grond tot gerede twijfel, dan had hij zijn belangen moeten veiligstellen door onderzoek te doen; wanneer hij zulks heeft nagelaten, kan hij niet via een beroep op nonconformiteit de gevolgen op de verkoper afwentelen. Deze oplossing vloeit rechtstreeks voort uit het standpunt van onze wetgever

48 Zie par. 8.4.

49 In deze zin ook Schlechtriem/Schwenzer 2004, t.a.p., nr. 12.

dat beslissend is wat de koper *mocht* verwachten (art. 7:17 lid 2, eerste zin).⁵⁰ Hoewel de wet het als een positief vereiste formuleert ('en waarvan hij'), gaat het, aangezien gekochte zaken in principe normaal bruikbaar moet zijn, veeleer om een uitzondering. De argumenteerlast rust dus op de verkoper: het is aan hem om duidelijk te maken welke *atypische* gegevens in dit geval tot een afwijkende slotsom nopen.

Het Weense Koopverdrag, de Sales Principles e.a. kennen de besproken correctie niet. Dat betekent niet dat onder die regimes steeds nonconformiteit bestaat als de koper beter had moeten weten. Gewezen zij op het conformiteitsbreed bijschavende derde lid van art. 35 CISG, dat in veel andere stelsels navolging heeft gekregen.⁵¹

Art. 35 (3) CISG

The seller is not liable under subparagraphs (a) to (d) of the preceding paragraph for any lack of conformity of the goods if at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity.

Zware gevallen, waarin de koper het gebrek kende of daar niet ontwetend van kon zijn geweest, worden aldus uitgezeefd. Die zeef is grofmaziger dan de Nederlandse. Hoe groot het verschil in de praktijk is, hangt (mede) af van de uitleg van het 'could not have been unaware' in de geciteerde bepaling. Te dien aanzien wordt algemeen aangenomen dat dit zinsdeel de koper niet met een onderzoeksplicht belast,⁵² maar slechts 'gleichsam ins Auge springende Vertragswidrigkeiten' ter zijde schuift. Zelfs grove nalatigheid bij de koper ontlast de verkoper niet.⁵³ In zoverre zijn het Weense Koopverdrag en de Sales Principles vriendelijker voor de koper dan het Nederlandse BW.

10.2 Bijzonder gebruik

Ten aanzien van bijzonder gebruik vermeldt art. 7:17 BW geen vertrouwenscorrectie. Elders treft men die juist wel aan: het Weense Koopverdrag en de Sales Principles ronden de bepaling inzake het bijzondere gebruik af met de limiterende zinsnede 'except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement'. Dienvolgens blijft een door de koper aangemeld bijzonder gebruik buiten de contractsinhoud, wanneer de koper te dien aanzien niet op het inschattingsvermogen van de verkoper mocht bouwen.

⁵⁰ Zie par. 4.

⁵¹ Art. 2 lid 3 richtlijn 99/44/EG; art. 7:17 lid 5 BW; art. 2:207 PEL S.

⁵² Evenzo MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 18.

⁵³ Aldus Schlechtriem/Schwenzer, t.a.p., nr. 34.

Hoe wordt dit probleemtype naar het Nederlandse recht opgelost? Als de verkoper zich positief uitlaat over de door de koper gewenste gebruiksmogelijkheid, is sprake van een *mededeling* (inlichting) van de verkoper, die naar het schema van art. 7:17 lid 2 nonconformiteit zal opleveren als de zaak voor dat gebruik niet geschikt blijkt. De Hoge Raad volgt als vaste koers dat als de verkoper een inlichting heeft verschaft, hij de koper niet zal kunnen tegenwerpen dat deze ten onrechte op die inlichting is afgegaan.⁵⁴ Bedoelde regel is echter niet zonder uitzonderingen. In de literatuur worden als uitzonderingscategorie genoemd situaties waarin de verkoper kennelijk minder goed op de hoogte is dan de koper zelf.⁵⁵ Vanaf dit punt is de afstand tot de in het Koopverdrag en de Principles vervatte uitzonderingstournure niet groot meer.

Voor het andere mogelijke situatietype, dat waarin de verkoper (ten onrechte) niet ingaat op de door de koper gewenste bijzondere gebruikswijze, geldt iets soortgelijks. De toestemming van de verkoper in de overeenkomst kan dan worden beschouwd als een impliciete akkoordverklaring met het betrokken bijzondere gebruik.⁵⁶ Leest men daar tegelijk een impliciete inlichting zijnerzijds in – ook al gaat dat wat ver –, dan geldt hetgeen zojuist inzake het afgaan op andermans inlichtingen werd opgemerkt. Legt men de nadruk op het stilzwijgen, dan verschuift de casus naar het terrein van de (schending van een) spreekplicht. In dat kader volgt een subtiele afweging, waarbij de deskundigheid van partijen een belangrijke rol speelt; van een ondeskundige verkoper wordt minder snel spreken verlangd dan van een deskundige.⁵⁷

Al met al wordt het in het Weense Koopverdrag en de Sales Principles vervatte correctief per saldo vrij dicht genaderd. Ten onzent stoelt de gedachtegang echter niet op een corrigerende ingreep, maar vloeit zij voort uit de algemene norm dat de zaak de eigenschappen moet bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten.

11 CONTRACTUELE HANTERING

Tot dusverre bezagen wij ‘normaal gebruik’ en ‘bijzonder gebruik’ in hun hoedanigheid van wettelijke begrippen. Uiteraard is het ook mogelijk dat partijen in hun overeenkomst zelf deze termen hanteren; zij krijgen daardoor de status van *contractuele* begrippen, waarvan de inhoud zal moeten worden vastgesteld aan de hand van de principes die de uitleg van overeenkomsten

54 Ontwikkeld in dwalingskader (zie o.a. genoemd arrest Baris/Riezenkamp), maar de lijn kan en mag naar de nonconformiteitsproblematiek worden doorgetrokken; nader Asser/Hijma 2007, nr. 340 jo. nr. 242.

55 Asser/Hijma 2007, nr. 242 in fine.

56 Zie par. 8.5.

57 Zie o.a. losbladige editie Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer, art. 228 (Hijma), aant. 86, met vermelding van bronnen.

in het algemeen beheersen. Richtinggevend is het aloude Haviltex-arrest, waarin de Hoge Raad overweegt dat het aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan hun afspraken mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.⁵⁸

Interessant op het punt van 'normaal gebruik' is HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17 (De Rooij/Van Olphen). Het arrest betreft de koop van een onroerende zaak (woonhuis met erf, tuin en garage), waarbij partijen zich van de NVM-standaardakte bedienden.⁵⁹ Art. 5.3 van het koopcontract gaf, verkort weergegeven, aan: (i) dat de zaak de eigenschappen moest bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn; (ii) dat koper voornemens was de zaak te gebruiken als bouwperceel voor twee halfvrijstaande woonhuizen; en (iii) dat verkoper niet instond voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn. In de periode tussen koop en levering werd het gebied waarin het perceel lag tot beschermd dorpsgezicht verklaard,⁶⁰ zodat koper geen sloopvergunning zou verkrijgen. Koper meent dat zulks nonconformiteit oplevert, aangezien verkoper er blijkens art. 5.3 van de akte voor instaat dat de zaak als bouwperceel kan worden gebruikt. Hij krijgt in drie instanties ongelijk. De Hoge Raad:

'Indien partijen bij de schriftelijke vastlegging van hun overeenkomst gebruikmaken van een standaardakte waarin een beding voorkomt dat, zoals art. 5.3 van de standaard NVM-koopakte, als voorgedrukte verklaring van de verkoper bevat dat de verkochte zaak de feitelijke eigenschappen zal bezitten die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn, zal uitgangspunt voor de uitleg van dit beding dienen te zijn dat 'normaal gebruik' betrekking heeft op wat daaronder naar gangbaar spraakgebruik wordt verstaan ten aanzien van de grond alsmede van de ten tijde van de verkoop zich daarop bevindende bebouwing. Daaronder valt in beginsel niet de sloop van de bebouwing gevolgd door het gebruik van de grond als bouwgrond.'

In hoeverre is hiermee – impliciet – ook iets gezegd over 'normaal gebruik' in de zin der wet? De Hoge Raad spitst zijn beschouwing toe op de uitleg van (een beding in) een overeenkomst, maar versmalt haar daarenboven tot de uitleg van (een voorgedrukt beding in) een standaardakte. Die contractsvorm is minder casuïstisch dan een individueel opgesteld contract en benadert aldus de abstractie van een wettelijke regeling enigszins. Toch mogen overeenkomst en wet zeker niet lichtvaardig over één kam worden geschoren. In het onder-

58 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (*Haviltex*). Zie tevens HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), en het hierna te bespreken HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17 (*De Rooij/Van Olphen*), rov. 3.6.

59 Over dit arrest C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2007, p. 158-168; Klik 2008, nr. 239-250.

60 Art. 35 e.v. Monumentenwet.

havige geval bijvoorbeeld bestond reeds in zoverre een relevant verschil met zuiver door art. 7:17 BW beheerste situaties, dat de verkoper krachtens expliciet beding *uitsluitend* voor normaal gebruik instond,⁶¹ zodat de route van bijzonder gebruik was afgesloten en het gewicht eenzijdig kwam te rusten op de vraag of sloop met nieuwbouw als 'normaal gebruik' kon worden gekwalificeerd.

Het vorenstaande neemt niet weg, dat 's Raads vaststelling dat sloop met nieuwbouw naar *gangbaar spraakgebruik* in beginsel niet onder 'normaal gebruik' valt, ook buiten het kader van contractuele regelingen betekenis heeft. Dat gangbare spraakgebruik is ook bij de toepassing van de wettelijke regeling als zodanig van belang. De bovenbesproken maatkoper⁶² immers zal gemeenlijk zich niet alleen van dat gangbare spraakgebruik bedienen, maar tevens zijn verwachtingen dienovereenkomstig inrichten.

12 BESLUIT

Het is (ruim) tijd het betoog af te ronden. De onderzochte rechtssystemen besteden alle aandacht aan 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik', en volgen daarbij dezelfde lijn: voor normaal gebruik moet de zaak geschikt zijn, voor bijzonder gebruik behoeft zij slechts geschikt te zijn indien zulks in de overeenkomst is verwerkt. In dit licht bezien gaat de problematiek van bijzonder gebruik rechtssystematisch vooraf aan die van normaal gebruik.

In de uitwerking treden allerlei kleinere verschillen op. Voor een deel hangen die samen met de vraag welke rol aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper is toebedeeld: is dit het overheersende criterium, waarin de gehele materie is ingebed (Nederland, Duitsland), of is het een kracht op de achtergrond, die incidenteel naar voren treedt (Weens Koopverdrag)? Voordeel van het eerste model is dat dat structureel oriëntatie en sturing biedt, ook op punten die de wetgever onbesproken heeft gelaten.

En de maatman? Hij houdt zich op binnen de poorten van het normale gebruik, en fungeert – nadat is vastgesteld om welk type zaak het gaat – als informant inzake de vraag welke gebruikswijzen voor de betrokken zaak als *normaal* kunnen worden aangemerkt. Als instrument staat aan hem zijn gezonde inschattingsvermogen ten dienste. Het recht acht de inschattingen van deze 'goede gemiddelde koper' dermate cruciaal, dat het deze volgt en sanctioneert. Wanneer de maatman meent dat de zaak op een bepaalde manier *kan* worden gebruikt, dan verbindt het recht daaraan de normatieve consequentie dat die zaak – dus – ook op die manier *moet* kunnen worden gebruikt. Zo speelt de maatman in dezen een misschien niet erg opvallende, maar alleszins nuttige rol.

61 Hierboven, casusweergave sub (iii).

62 Zie par. 7.